

## **Internationaler Unternehmenskauf nach Deutschem Recht (Anwendbares Recht und Grenzen der Rechtswahl)**

Acun Papakçı\*

### **A. Einführung**

Mit der vorliegenden Arbeit möchte ich die Problematik des sich auf den jeweiligen internationalen Unternehmenskaufes anwendbaren Rechtes anreißen. Hierbei ist hervorzuheben, dass diese Problematik in der Praxis weitgehend unterschätzt wird, so dass viele später im Rechtsstreit diesbezüglich aufkommenden Schwierigkeiten nicht durch mögliche Vorkehrungen, die mittels einer klaren vertraglichen Festlegung einer Rechtswahl gegeben wären, vermieden werden. In der Arbeit werde ich deshalb nicht nur auf die Möglichkeiten einer Rechtswahl, sondern hierbei auch auf die Grenzen der Rechtswahlmöglichkeiten eingehen.

### **B. Arten des Internationalen Unternehmenskaufs**

Der Unternehmenskauf kann auf verschiedene Arten abgewickelt werden, von denen die häufigsten sind:

- Der Erwerb des Rechtsträgers oder
- Der Erwerb der zum Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte.

Als Grundtypen, unter die sich jeder Unternehmenskauf in reiner oder kombinierter Form einordnen lässt, kann man share deal (Anteilkauf) und asset deal (Vermögenskauf) unterscheiden.

---

\* Rechtsanwalt, Mitglied der Rechtsanwaltskammern Istanbul und Tübingen

## **I. Share Deal**

Share Deal kommt in der Regel bei juristischen Personen zur Anwendung und erfolgt durch Erwerb sämtlicher Anteile der betreffenden Gesellschaft, ausnahmsweise auch durch Erwerb einer qualifizierten Anteilsmehrheit. Das Augenmerk richtet sich hier auf den schuldrechtlichen Aspekt der Akquisition, insbesondere hinsichtlich des zugesicherten Inhalts der übertragenen Anteile.

## **II. Asset Deal**

Als asset deal bezeichnet man demgegenüber den direkten Erwerb des Unternehmens als solchem, d.h. den Kauf der Wirtschaftsgüter des Unternehmens insgesamt einschließlich der tatsächlichen Beziehungen, der Vertragspositionen, der Marktanteile, der Ressourcen, der Geschäftschancen, der Arbeitsverträge und dergleichen in ihrer Sachgesamtheit und organisatorischen Verbundenheit<sup>1</sup>.

Der asset deal ist die bevorzugte Akquisitionsform bei Einzelunternehmen, Personengesellschaften und Unternehmensteilen. Er vollzieht sich im Wege der Singularsukzession durch Übertragung der materiellen und immateriellen Vermögensbestandteile.

## **C. Anwendbares Recht/Bestimmung des Vertragsstatuts**

### **I. Das anzuwendende IPR**

Die Frage, welches nationale Privatrecht für einen bestimmten Unternehmenskauf maßgeblich ist, richtet sich nach den Bestimmungen des internationalen Privatrechts (IPR).

Jede nationale Privatrechtsordnung hat ihr eigenes IPR. Das IPR ist demnach ein von Land zu Land verschiedenes Recht. Da mithin jedes nationale Recht ein eigenes IPR hat, muss zur Feststellung, welches materielle Recht beim zur Anwendung kommt, zunächst die Frage geklärt werden, nach welchem IPR das anzuwendende materielle Recht bestimmt wird. Wenn ein Sachverhalt vor einem Gericht geklärt werden muss, ist aufgrund des Umstandes, dass jedes Gericht das IPR an seinem Sitz anwendet (lex fori), eine einfache Beantwortung der Frage gegeben. Es bietet sich insofern an, im außergerichtlichen Klärungs- bzw. Streitfall bzw. für die kautealarische Beratung bereits im Vorfeld, ohne dass ein gerichtliches Verfahren anhängig ist, zu klären, vor welchem Gericht der Fall im Streitfall verhandelt werden würde.

---

1 Holzapfel, Unternehmenskauf und Schuldrechtmodernisierung, S. 88.

Für EU-Mitgliedstaaten, die das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ratifiziert haben, ist weitgehend eine Vereinheitlichung eingetreten, soweit das Übereinkommen in nationales Recht umgesetzt wurde. Für Deutschland ist dies durch die Art. 27-37 EGBGB geschehen.

## **II. Deutsches IPR**

### **1. Allgemein**

#### **a. Share Deal**

Der Kauf von Beteiligungen oder Mitgliedschaftsrechten an Unternehmen unterliegt nach deutschem Recht grundsätzlich den allgemeinen Vorschriften. Da nach § 433 BGB share deal ein Rechtskauf ist, wird das Vertragstatut nach § 27 EGBGB bestimmt. § 27 EGBGB differenziert den Unternehmenskauf nicht nach Rechts- und Sachkauf. Deshalb kann in kollisionsrechtlicher Sicht grundsätzlich dahinstehen, ob der Kauf aller Anteile an einer Gesellschaft als reiner Rechtskauf behandeln will.

Ist eine Mitgliedschaft wie bei Aktiengesellschaften in einem Wertpapier, nämlich einer Aktie, verbrieft, liegt neben dem Rechtskauf ein Sachkauf bezüglich des Aktienzertifikats vor<sup>2</sup>.

Eine andere Frage ist, ob die Anwendung der § 27 EGBGB auf die Verpflichtung zur Übertragung von Urkunden, welche die Beteiligung verbiefen, durch § 37 Nr. 1 EGBGB ausgeschlossen wird. Ausgeschlossen ist die Anwendung der § 27 EGBGB nämlich nur auf Verpflichtungen aus Wechseln, Schecks und anderen Inhaber- oder Orderpapieren, sofern die Verpflichtungen aus diesem anderen Wertpapieren aus deren Handelbarkeit entstehen<sup>3</sup>. Dies ist bei Urkunden, die gesellschaftliche Mitgliedschaftsrechte verbiefen, regelmäßig nicht der Fall.

Hingegen sind alle Rechtshandlungen, deren Ziel die Begründung von Verpflichtungen zwischen Parteien im Hinblick auf die Gesellschaft ist, schuldrechtlicher Natur, weshalb sie den Artt. 27 ff. EGBGB unterliegen.

#### **b. Asset Deal**

Der Unternehmenskauf durch Übertragung der Gesamtheit der Aktiva und Passiva des Unternehmens, ist nach § 433 Abs. 1 S.

---

2 Westermann, Münchener Kommentar zum BGB § 433 Rd. 14.

3 Erman, Kommentar zum BGB, Art. 37 Nr. 1 EGBGB Rz. 5.

1 BGB ein Kauf durch Einzelübertragung und stellt einen Sachkauf dar<sup>4</sup>.

Wird das Unternehmen durch Veräußerung aller Wirtschaftsgüter verkauft, folgt der schuldrechtliche Übernahmevertrag mangels besonderer Kollisionsregeln wiederum den allgemeinen Regeln der Art. 27 EGBGB. Auf die Übertragung der einzelnen Wirtschaftsgüter finden die Vorschriften der §§ 929 ff. BGB, wenn es sich um Sachen, oder der §§ 398 ff. BGB Anwendung, wenn es sich um Forderungen oder Rechte handelt.

Art. 27 ff EGBGB gelten generell für Schuldverträge<sup>5</sup>, mithin für den Kauf aller Arten von Kaufgegenständen, und sind nicht auf den Warenkauf beschränkt. Wenn Wertpapiere zum Unternehmensvermögen gehören, gelten auch insoweit für sie zur Bestimmung des maßgeblichen Rechts des Unternehmensvertrags die Art. 27 ff. EGBGB.

## **2. Die Rechtswahl nach Art. 27 EGBGB**

### **a. Explizite Rechtswahl der Parteien**

Die Parteien können nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB das für ihren Vertrag maßgebliche Recht durch ausdrückliche Bezeichnung im Vertrag wählen. Die vertraglichen Beziehungen beurteilen sich zwischen den Parteien des Unternehmenskaufvertrags nach dem so gewählten Recht. Dabei handelt es sich grundsätzlich um eine kollisionsrechtliche Rechtswahl. Diese sog. Parteiautonomie gilt in einer großen Zahl westlicher Länder. Bedeutsame Ausnahmen sind der arabische Raum und die Länder Lateinamerikas. Hier ist die Parteiautonomie entweder auf das Recht des Forums beschränkt oder vollkommen unbekannt. In diesen Fällen ist der Rechtswahl partiell oder vollständig unwirksam.

#### **i. Rechtswahl als Verweisungsvertrag**

Die Rechtswahl stellt einen kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrag dar, dessen Zustandekommen Art. 27 Abs. 4 EGBGB regelt. Das Zustandekommen unterliegt dem in der Rechtswahlvereinbarung bezeichneten Recht, also nicht *lex fori*<sup>6</sup>. Die Form der Rechtswahlvereinbarung beurteilt sich nach Art. 11 EGBGB. Die

4 BGH WM 1970, 319, 320, 1977, 712, 714.

5 Merkt, Internationaler Unternehmenskauf durch Erwerb der Wirtschaftsgüter, RIW 1995, 533.

6 Palandt, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 27 EGBGB Rz. 8.

Rechtswahlvereinbarung bedarf also nicht notwendig der Form des Hauptvertrags<sup>7</sup>.

#### **ii. Staaten mit gespaltenem Recht**

Eine Reihe von Staaten haben kein einheitliches Recht bzw. Privatrecht. USA, Mexiko, Kanada, Australien und das Vereinigte Königreich (England und Schottland) sind Staaten mit gespaltenem Privatrecht<sup>8</sup>. Nach Art. 35 Abs. 2 EGBGB gilt für die Bestimmung des Vertragsstatuts jede Gebietseinheit als ein Staat, wenn der Staat mehrere Gebietseinheiten umfasst, von denen jede für vertragliche Schuldverhältnisse ihre eigenen Rechtsvorschriften hat.. Nach deutschem Recht genügt die Wahl eines fremden Rechts als Auslandsberührung. Deshalb ist das deutsche Recht sehr liberal<sup>9</sup>.

#### **iii. Nichtstaatliches Recht als Vertragsstatut**

Aus der Praxis internationaler Handelsgerichte sind Rechtswahlvereinbarungen bekannt, mit denen Verträge nicht staatlichem Recht unterworfen werden. Die Parteien können bisweilen allgemeine Rechtsgrundsätze, Grundsätze des Völkerrechts als maßgebliches Vertragsstatut berufen<sup>10</sup>.

#### **iv. Partielle Rechtswahl**

Nach Art. 27 Abs.1 S.3 EGBGB gestattet es das deutsche Privatrecht den Parteien eine Rechtswahl nur für einen Teil des Vertrags vorzunehmen. Dadurch wird jener Teil des Vertrags vom sonstigen Vertragsstatut im Wege der Abspaltung getrennt. Dabei kann sich die Rechtswahl entweder auf einen Teil des Vertrags beschränken, oder die Parteien können für verschiedene Vertragsteile Rechtsordnungen berufen.

#### **v. Rechtswahlmöglichkeit nach Vertragsschluss**

Die Parteien können bei Vertragsschluss das maßgebliche Recht wählen. Es steht ihnen frei, das Vertragsstatut bereits vor Vertragsschluss oder aber erst zu einem späteren Zeitpunkt zu vereinbaren. Nach Art. 27 Abs. 2 EGBGB können die Parteien jederzeit vereinbaren, dass der Vertrag einem anderen Recht unterliegen soll. Eine nachträgliche Rechtswahl wirkt im Zweifel *ex tunc*, hingegen nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte lediglich *ex nunc*<sup>11</sup>. Denn es

7 BGHZ 57, 337, BGHZ 73, 391.

8 Steinschulte, Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, S. 204-244.

9 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Art 27 EGBGB Rz.3.

10 Erman, Kommentar.zum BGB, Art. 27 EGBGB Rz. 9.

11 Palandt, Kommentar.zum BGB., Art. 27 EGBGB Rz. 10

kann den Parteien nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass sie ihren Vertrag sukzessiv zwei unterschiedlichen Rechtsordnungen unterwerfen wollen. Die Rechtswahl kann für den rechtshängigen Prozess auch noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz getroffen und geändert werden<sup>12</sup>.

#### **b. Konkludente Rechtswahl**

Obwohl beim internationalen Unternehmenskauf eine ausdrückliche Rechtswahl anzuraten ist, wird die stillschweigende Rechtswahl den Parteien im deutschen internationalen Privatrecht explizit erlaubt. Nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB kann sich die Rechtswahl mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben. Ob eine stillschweigende Rechtswahl vorliegt, erfordert eine Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Falls. Die Indizien<sup>13</sup>, die für ein bestimmtes Recht sprechen, müssen so viel Gewicht haben, dass aus ihnen auf einen realen Parteiwillen für die Anwendung dieser Rechtsordnung geschlossen werden kann. Solche Indizien sind z.B der Vertragsschluss zwischen in Deutschland ansässigen Parteien in deutscher Sprache im Inland<sup>14</sup> über den Erwerb eines ausländischen Unternehmens oder die vertragliche Bezugnahme auf ausländische Rechtsvorschriften<sup>15</sup> sowie die Ausrichtung des Vertrages auf ein bestimmtes Recht. Als weiteres Indiz kommt auch die Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstandes oder die Vereinbarung eines Schiedsgerichts in Betracht.

#### **3. Rechtsbestimmung aufgrund objektiver Anknüpfung nach Art . 28 EGBGB**

Fehlt es an einer Rechtswahlvereinbarung, dann ist das maßgebliche Recht anhand der „objektiven Anknüpfung“ zu bestimmen. Nach Art. 28 Abs. 1 S.1 EGBGB unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Der Begriff der „engsten Verbindung“ ist gesetzlich nicht definiert. Die Kriterien für die „engste Verbindung“ müssen daher in jedem Einzelfall definiert und bewertet werden und führen dann zum Recht des Staates, in dem der Vertrag seinen „Schwerpunkt“ hat. Die entsprechende Auslegung gemäß Art. 28 EGBGB führt bei den unterschiedlichen Arten von Fallkonstellationen unter dem Oberbegriff Unternehmenskauf zu unterschiedlichen Auswirkungen

12 Droste, Mergers & Acquisitions, S. 315.

13 Merkt, Hanno, Internationaler Unternehmenskauf, S. 32

14 OLG Düsseldorf, NJW-RR 91, 55.

15 OLG Waldshut-Tiengen IPRax 1984, 100, OLG Köln, RIW 1993, S. 414, 415.

## **a. Beim Share-Deal**

### **i. Allgemein**

Art. 28 EGBG vermutet, dass die engste Verbindung zu dem Staat besteht, in dem der Verkäufer als Rechtsinhaber des Anteils im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft oder eine juristische Person handelt, diese ihre Hauptverwaltung hat. Ist der Vertrag in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Verkäufers geschlossen, dann wird vermutet, dass er die engste Verbindung zu dem Staat aufweist, in dem sich die Hauptniederlassung des Verkäufers befindet, von der aus der charakteristischen Leistung zu erbringen ist.

Wird der Vertrag in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit abgeschlossen, so ist der Ort der Niederlassung des Beteiligungsveräußerers maßgeblich. Beim gewerblichen Effektenhandel wird immer genau zu prüfen sein, in wessen Namen der Vertrag geschlossen wird. Die Anknüpfung an den Aufenthalt des Verkäufers hat ihren Grund darin, dass der Verkäufer beim share deal die charakteristische, vertragstypische Leistung erbringt. Festzuhalten ist, dass sich der share deal mangels Rechtswahl in aller Regel nach dem Recht am Sitz des Verkäufers richtet.

Da beide Parteien keine baren Leistungen bringen, ergeben sich beim Anteilstausch Schwierigkeiten. Die Hauptleistung kann durch ihre Bedeutung für die beide Vertragsparteien bestimmt werden. Wenn sich aber auf beiden Seiten des Vertrags Anteile als vertraglich zu erbringende Leistung gegenüber stehen, hilft die Vermutung des Art. 28 EGBGB nicht weiter, weshalb sie nicht anzuwenden ist. Dann kommt wieder die Generalklausel in Betracht und die Bestimmung richtet sich nach der engsten Verbindung des Vertrags. Ein starkes Indiz darüber ist die gemeinsame Zuordnung der Vertragsparteien zu einer Rechtsordnung. Wird der Vertrag unter Mitwirkung eines Notars abgeschlossen, so kann darin ein Indiz für das Recht liegen, nach dem der Notar tätig wird<sup>16</sup>.

### **ii. Börsenkauf und insbesondere Tender Offer**

Zwar ermittelt sich auch beim Anteilskauf an der Börse und insbesondere beim öffentlichen Übernahmeangebot das Vertragsstatut grundsätzlich nach den allgemeinen Grundsätzen. Doch kann beim share deal über den Kapitalmarkt (im Wege des „tender

---

16 Schröder, Internationales Vertragsrecht, S.65.

offer“) die Bestimmung des maßgeblichen Rechts insbesondere die Anknüpfung des Kaufvertrags schwierig gestalten. Allerdings besteht wohl Einigkeit, dass auch beim öffentlichen Übernahmeangebot das Vertragstatut nach den allgemeinen Vorschriften der Art. 27 EGBGB zu bestimmen ist<sup>17</sup>.

Hierbei werden drei Lösungsvorschläge diskutiert:

- *Recht am Ort der Hauptbörse*: der Anteilskauf an der Börse bei Fehlen einer Rechtswahlvereinbarung wird einheitlich dem Recht am Ort der Börse unterworfen, an welcher die fraglichen Anteile notiert sind, bei mehreren Börsen am Hauptbörsenplatz<sup>18</sup>.
- *Recht am Ort des Kaufangebots („Marktrecht“)*: Nach anderer Ansicht unterliegen Kaufverträge im Rahmen öffentlicher Übernahmeangebote aus Gründen der Funktionalität und der Marktrationalität mit dem Gesellschafts- und Börsenstatut dem Recht am Ort des Kaufangebots.
- *Gemeinsames Hauptbörsenrecht und Sitzrecht der Zielgesellschaft*: Nach einer dritten Ansicht wird das Dilemma zwischen Marktinteressen und Organisationsinteressen angemessen nur dadurch gelöst, dass das Recht der Hauptbörse angewendet wird, allerdings nur, wenn es zugleich das Sitzrecht der Zielgesellschaft ist. Wenn im Sitzland kein Börsenhandel stattfindet, wird hilfsweise das Recht der Hauptbörse angewendet.
- *Zutreffende Lösung*: Zu unterscheiden sind die verschiedenen Typen grenzüberschreitender Anteilserwerbsgeschäfte. Allerdings sollte von der Anknüpfung nach Art. 27 Abs. 2 S.1 und 2 EGBGB nur dann abgewichen werden, wenn sich herausgestellt, dass die Anknüpfung an den Verkäufersitz insoweit zu unangemessenen Ergebnissen führt. Zunächst kann zwischen Börsengeschäften und Direktgeschäften zwischen Erwerber und Veräußerer ohne Einschaltung einer Börse differenziert werden.

Bei Börsengeschäften werden sämtliche Effektengeschäfte nicht vom Beteiligungsinhaber unmittelbar und persönlich vorgenommen, sondern von Effektenhändlern, üblicherweise von Kreditinstituten<sup>19</sup>. An die Stelle der Kommission in der Form des

17 Assmann, Großkommentar zum AktG Einl., Rz, 713.

18 Ebenroth, Kollisionsrechtliche Einordnung transnationaler Unternehmensübernahmen, ZvglRWiss 90, 1991, S.235, 242.

19 Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 2 Rz. 47

Selbsteintritts ist nunmehr die einfache Effektenkommission getreten. Sowohl bei der einfachen Effektenkommission als auch beim Eigenhändlergeschäft tritt das Kreditinstitut im eigenen Namen auf. Verkäufer der Anteile ist also nicht der Beteiligungsinhaber, sondern das Kreditinstitut<sup>20</sup>. Kaufvertragliche Beziehungen bestehen nur zwischen dem Anteilsveräußerer, seinem Kreditinstitut und Dritten. Fehlt es an einer Rechtswahl, dann führt die Anknüpfung gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB zur Anwendung des Rechts am Ort der Niederlassung des Kreditinstituts. Hingegen unterliegen alle Rechtsbeziehungen zwischen dem Kreditinstitut und dem veräußernden Anteilseigner nach der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken enthaltenen Rechtswahlklausel dem Recht am Erfüllungsort<sup>21</sup>.

Dieses Recht ist beim Beteiligungserwerb über die Börse wohl fast immer zugleich das Recht am Ort der Börse, weil entweder das vom verkaufenden Beteiligungsinhaber beauftragte Kreditinstitut dort seine Hauptniederlassung hat, oder das Kreditinstitut dort eine Zweigniederlassung unterhält. Bezüglich der außervertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Anleger (Gesellschafter, Anteilsveräußerer) und Anbieter können parallel das Gesellschaftsstatut oder das Deliktsstatut zur Anwendung kommen

## **b. Beim Asset Deal**

### **i. Allgemein**

Auch beim asset deal ist in Ermangelung einer Rechtswahl von dem Grundsatz auszugehen, dass der Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, mit dem er die engste Verbindung aufweist. Dabei kann vom Grundsatz auf die Ausführungen zum share deal verwiesen werden. Auch hier unterliegt also der gesamte Kauf in Bezug auf sämtliche Bestandteile des Unternehmens einem einheitlichen Schuldstatut.

### **ii. Forderungen**

Eine spezielle Regelung ist zu beachten, soweit zum verkauften Unternehmensvermögen Forderungen gehören. Nach Art. 33 Abs. 1 EGBGB ist für die Verpflichtung zur Abtretung, also für den Forderungskauf, das Recht maßgeblich, dem der Vertrag zwischen bisherigem und neuem Gläubiger unterliegt. Mit dieser Regelung wird lediglich klargestellt, dass der Forderungskauf nicht dem For-

---

20 Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 11 Rz. 34

21 Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 10 Rz. 28

derungsstatut, sondern seinem eigenen Recht untersteht. Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Inhalt des Schuldverhältnisses durch die Abtretung nicht ändern und daher auch das maßgebliche Recht unverändert bleiben soll<sup>22</sup>. Hingegen beurteilen sich die Voraussetzungen der Abtretung einer Forderung gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB nach dem Recht, dem die jeweilige Forderung unterliegt<sup>23</sup>.

### iii. Immobiliarsachenrechte

Eine besondere Regelung ist ebenso für die objektive Anknüpfung der Verpflichtung zur Übertragung von Immobilien zu beachten. Gemäß Art. 28 Abs. 3 EGBGB wird vermutet, dass der Kaufvertrag über ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Grundstücksnutzungsrecht die engste Verbindung zu dem Staat aufweist, in dem das Grundstück belegen ist (*lex rei sitae*)<sup>24</sup>. Allerdings kann diese Vermutung entkräftet werden, wenn der Vertrag zu einem anderen Recht eine Verbindung aufweist<sup>25</sup>. Bildet das Grundstück nur einen kleineren Teil der assets des Unternehmens und folgt der Kaufvertrag in Bezug auf den wesentlichen Teil der assets einem anderen als dem Recht der Grundstückbelegenheit, dann könnte der Kaufvertrag möglicherweise hinsichtlich des Grundstücks diesem anderen Recht unterliegen. Ansonsten käme es zu einer Vertragsspaltung. Um dies zu verhindern, empfiehlt sich eine Rechtswahl<sup>26</sup>.

### 4. Ausweichklausel (Art. 28 Abs. 5 EGBGB)

Gemäß der Ausweichklausel in Art. 28 Abs. 5 EGBGB gelten die gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 EGBGB auf die engste Verbindung nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. Praktische Anwendungsfälle für diese Durchbrechung der gesetzlichen Vermutungsregel sind etwa die so genannte akzessorische Anknüpfung eines Vertragsverhältnisses an das Statut eines anderen, inhaltlich eng mit dem ersten verknüpften Vertrags. Gemeint sind hier zusammengesetzte Verträge, die von den Parteien inhaltlich zu einem einheitlichen Ganzen verknüpft werden, sowie angelehnte Verträge, die in Bezug auf einen Haupt-

22 Martiny, Münchener Kommentar, Art. 33 EGBGB Rz.4

23 Meyer-Sparenberg, Internationalprivatrechtliche Probleme bei Unternehmenskäufen, 849.

24 Droste, Mergers & Acquisitions in Germany, S. 326

25 Martiny, Münchener Kommentar, Art. 28 EGBGB, Rz. 56

26 Droste, Mergers & Acquisitions in Germany, S. 323

vertrag Hilfsfunktionen erfüllen, sodann Sicherungsverträge, Verträge zur Ausfüllung von Rahmenverträgen oder zur Vorbereitung von Hauptverträgen<sup>27</sup>. In allen diesen Fällen führt die objektive Anknüpfung vielfach zum Statut des betreffenden Hauptvertrags. Ebenfalls nach Art. 28 Abs. 5 EGBGB wird der Fall behandelt, dass beide Vertragsparteien die Geltung eines bestimmten Rechts als selbstverständlich angenommen haben

#### **D. Umfang des Vertragsstatuts**

Der Kreis aller Fragen, die sich nach dem Vertragsstatut beurteilen, bestimmt sich bei allen Arten von Kaufverträgen nach den Vorschriften der Art. 31 und 32 EGBGB.

#### **I. Allgemein**

##### **1. Zustandekommen**

Nach Art. 31 Abs. 1 EGBGB beurteilen sich das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages oder einer seiner Bestimmungen nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wäre. Dies gilt sowohl für den eigentlichen Unternehmenskaufvertrag als auch für die Rechtswahlvereinbarung, die materiell einen eigenen, vom Hauptvertrag gesonderten Verweisungsvertrag dargestellt.

##### **2. Nichtigkeit**

Nach Art. 32 Abs.1 Nr. 5 EGBGB ist anzuwendendes Recht insbesondere auch maßgebend für die Folgen der Nichtigkeit des Vertrages. Das ist die logische Konsequenz daraus, dass das Vertragsstatut bereits über die Wirksamkeit des Vertrags entscheidet.

Für die Rechtsfolgen der Formnichtigkeit ist zu differenzieren. Die Formgültigkeit selbst beurteilt sich nach dem durch Art. 11 EGBGB gegebenen Recht<sup>28</sup>.

##### **3. Leistungsstörungen:**

Auch bezüglich der Voraussetzungen und der Folgen von Leistungsstörungen ist das Vertragsstatut nach Art. 32 Abs. 1 EGBGB maßgebend, wenn nicht vertraglich eine entsprechende andere Regelung getroffen worden ist. Die Unmöglichkeit, der Verzug, die Schlechterfüllung, der Wegfall der Geschäftsgrundlage gehören zu den Leistungsstörungen. Speziell beim share deal beurteilt sich

---

27 Näher Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, S. 48

28 Erman, Kommentar zum BGB, § 32 EGBGB Rz. 15

nach dem Vertragsstatut, welche Folgen eintreten, wenn der Verkäufer seine Verpflichtung zur Übertragung der Beteiligung nicht erfüllen kann, etwa weil die Übertragbarkeit der Beteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag oder nach dem Gesellschaftsstatut ausgeschlossen ist. Dem Vertragsstatut unterfallen bei share deal wie asset deal auch Vertragsstrafevereinbarungen<sup>29</sup>.

Zum Bereich der Leistungsstörungen ist auch die Gewährleistung zu rechnen. Dabei entscheidet das Vertragsstatut zunächst darüber, ob die Gewährleistungsregeln des Sachkaufs oder des Rechtskaufs maßgeblich sind. Hier war bislang zu beachten, dass der share deal nach herrschender Ansicht in Deutschland den Bestimmungen über die Gewährleistung beim Sachkauf unterliegt, wenn der Erwerber eine beherrschende Stellung erlangt

Seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 01.01.2002 finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechend Anwendung nach § 453 Abs. 1 BGB. Gemäß der Begründung des Entwurfs sind Unternehmen als „sonstige Gegenstände“ anzusehen. Damit soll das Gewährleistungsrecht beim Sachkauf entsprechend auf den Unternehmenskauf anwendbar sein<sup>30</sup>.

#### **4. Sach- und Rechtsmängelhaftung**

Bei einem grenzüberschreitenden Unternehmenskauf ist für Fragen der Sach- und Rechtsmängelhaftung nach Art. 32 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB grundsätzlich ebenfalls das Vertragsstatut maßgebend. Dies bedeutet, dass sich die Voraussetzungen und die Folgen von Sach- und Rechtsmängeln für alle Rechte, Mobilien und Immobilien, Forderungen nach der für den Vertrag insgesamt geltenden Rechtsordnung richten. Unproblematisch ist die einheitliche Unterstellung der Sach- und Rechtsmängelhaftung für alle Vermögensgegenstände unter das Vertragsstatut, wenn es sich um einen asset deal bezüglich eines Unternehmens mit Vermögensgegenständen in nur einem Staat handelt und wenn die Parteien das Recht am Unternehmenssitz zum Vertragsstatut gewählt haben.

### **II. Besonderheiten beim Asset und Share Deal**

#### **1. Share Deal**

##### **a. Gesellschaftsstatut (lex societatis)**

Gesellschaftsrechtliche Fragen beurteilen sich nicht nach dem Vertragsstatut, sondern nach dem Personalstatut der Gesellschaft.

<sup>29</sup> Erman, Kommentar zum BGB, § 32 EGBGB Rz. 12.

<sup>30</sup> Dauner-Lieb, ZIP 2002, 108.

Die Bestimmung dessen wird mit drei unterschiedlichen Theorien ermittelt, der Sitztheorie, der Gründungstheorie sowie der Mischtheorie aus Sitz- und Gründungstheorie.

- *Sitztheorie*: Das deutsche Gesellschaftsstatut unterliegt anders als das Vertragsstatut nach Art. 27 EGBGB keiner gesetzlichen Regelung. Vielmehr ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass das Recht am effektiven Sitz der Hauptverwaltung gelten soll. Der effektive Verwaltungssitz ist der Ort, von dem aus die Gesellschaft tatsächlich gelenkt wird und die grundlegenden Entscheidungen effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Die Sitztheorie gilt in der Mehrzahl der kontinentaleuropäischen Länder, insbesondere in Frankreich, Belgien, Luxemburg und Portugal wie Liechtenstein<sup>31</sup>.
- *Gründungstheorie*: Nach der Gründungstheorie ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Gesellschaft gegründet wurde. Vor allem in den USA, England, Irland, Niederlanden, Dänemark, in der Schweiz, und Finnland wird dieser Theorie gefolgt.

In manchen Ländern gilt eine Mischung aus Sitz- und Gründungstheorie, so unterliegen nach italienischem Recht im Ausland gegründete Gesellschaften italienischem Recht, wenn sie ihren Verwaltungssitz oder ihren Geschäftsschwerpunkt in Italien haben, wobei aber auch nach italienischem Recht gegründete Gesellschaften dem italienischen Recht unterliegen, wenn ihr Geschäftsschwerpunkt im Ausland liegt.

#### **b. Anteilsübertragung**

Dem Gesellschaftsstatut unterliegt zunächst die Abtretung der Beteiligung. Das Gesellschaftsstatut bestimmt namentlich, ob der Anteil bzw. Mitgliedschaftsrecht überhaupt fungibel ist, und wenn ja, welche Erfordernisse für die Übertragung zu beachten sind<sup>32</sup>. Es beurteilt darüber hinaus, ob und welche Wertpapiere die in Ansehung der Anteile ausgestellten Dokumente darstellen, und auf welche Weise die Übertragung dieser Papiere erfolgt, ebenso, ob die Verfügung über das verbriefte Recht durch Verfügung über das verbriefende Wertpapier erfolgt. Ist insoweit eine gesonderte Übertragung auch des Papiers nötig, dann entscheidet über die Wirk-

---

31 Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, S. 74

32 Lutter, Kölner Kommentar zum AktG, § 68 AktG Rz. 31.

samkeit der Übereignung allerdings nicht das Gesellschaftsstatut, sondern das Recht an jenem Ort, an dem sich das Papier befindet.

Nach richtiger Ansicht führt die Verweisung der *lex fori* direkt auf das Recht am Lageort der Urkunde. Der gutgläubige Erwerb des verbriefenden Papiers nach dessen Belegenheitsrecht. Nach in der Literatur vertretener Ansicht soll bei der Namensaktie wegen der stärkeren Bindung an die Gesellschaft für die gegebenenfalls erforderliche gesonderte Übereignung des Aktienzertifikats nicht das Belegenheitsrecht, sondern das Gesellschaftsstatut maßgeblich sein. Ebenfalls nach dem Gesellschaftsstatut richten sich etwaige allgemeine Übertragungsbeschränkungen oder Übertragungsverbote. Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass der Anteil nur mit Zustimmung der Gesellschafter übertragen werden kann, dann beurteilen sich Zulässig und Wirksamkeit dieser Übertragungsbeschränkung nach dem Gesellschaftsstatut.

## **2. Asset Deal - Übertragung der einzelnen Wirtschaftsgüter**

Wie beim *share deal* beurteilt sich auch beim *asset deal* die Übertragung nicht nach dem Schuldstatut des Unternehmenskaufvertrags. Allerdings ist für die Übertragung auch nicht etwa ein einheitliches Übertragungsstatut maßgeblich. Zu beachten ist, dass das für die einheitliche Übertragung der Wirtschaftsgüter maßgebliche Recht nicht frei zwischen den Parteien des Unternehmenskaufvertrags vereinbart werden kann. Eine Rechtswahl im Kaufvertrag ist für die eigentliche Übertragung mithin ohne Wirkung.

Die Übertragung des Eigentums an *körperlichen Mobilien* wie Warenlager und Inventar einschließlich des Zubehörs unterliegt gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB dem Recht an ihrem jeweiligen Lageort. Das Belegenheitsrecht gilt auch für Sicherungsrechte an beweglichen Sachen. Befinden sich alle zum Unternehmen gehörenden Mobilien an einem Ort, dann gilt insoweit das dortige Recht. Befinden sie sich in verschiedenen Ländern, dann kommt es zu einer Spaltung des Erfüllungsstatuts. Werden Mobilien im Zuge des Unternehmenskaufs von einem Staat in einen anderen verbracht, spricht man vom Statutenwechsel. Die Übertragung richtet sich nach dem Altstatut, sofern die nach ihm für die Übertragung erforderlichen Tatbestandselemente vollständig erfüllt, bevor die Sache in den Geltungsbereich des Neustatuts gelangt, dann richtet sich die Übertragung ausschließlich und vollständig nach den Neustatut.

Umfasst das Unternehmensvermögen *Wertpapiere*, dann unterliegt die Verfügung über die Urkunden gemäß den Grundsätzen des internationalen Sachenrechts dem Recht am Lageort. Hingegen unterliegt die Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts einem eigenen Statut. Je nachdem, ob es sich bei dem verbrieften Recht um eine Forderung, ein Sachenrecht, oder um ein Mitgliedschaftsrecht handelt, ist Wertpapierrechtsstatut das Schuldstatut, Sachstatut oder der Gesellschaftsstatut. Das Wertpapierrechtstatut entscheidet insbesondere, ob die Verfügung über das verbrieftete Recht durch Verfügung über das verbriefende Wertpapier erfolgt. Das insoweit maßgebliche Recht bestimmt sich nach den Kollisionsregeln § 91-98 WG und § 60-66 ScheckG. Nach herrschender Ansicht können die Parteien das maßgebliche Recht vereinbaren. Darüber hinaus sind vom Anwendungsbereich der Art. 27 EGBGB schuldrechtliche Verpflichtungen aus Inhaber- und Orderpapieren ausgenommen, sofern die Verpflichtung aus der Handelbarkeit rührt. Streng von diesen Verpflichtungen zu trennen sind die zugrunde liegenden Kausalgeschäfte, also etwa der Unternehmenskaufvertrag. Auch soweit er zur Übertragung von Wertpapieren verpflichtet, unterliegt er der Anwendung der Art. 27 EGBGB.

Nach dem Recht am Ort der Belegenheit beurteilt sich außerdem die Übertragung des Eigentums an zum Unternehmen gehörenden *Grundstücken* wie zum Beispiel Sicherungs- und Nutzungsrechten oder Erbbaurechten.

Bei der Übertragung von *Rechten* ist einerseits zwischen der Verpflichtung und andererseits der Erfüllung dieser Verpflichtung, also der Abtretung zu unterscheiden. Die Verpflichtung folgt ihrem eigenen Recht, das sich nach den allgemeinen Bestimmungen des internationalen Schuldrechts nach Art. 27 EGBGB bestimmt. Diesem Recht ist insbesondere der Umfang der Einstandspflicht für Echtheit der Forderung und Bonität des Schuldners zu entnehmen. Der Rechtsgrund der Forderung ist davon unabhängig. Hingegen unterliegt die eigentliche Abtretung gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB dem Recht, dem das zu übertragende Recht seinerseits unterliegt. In gleicher Weise wie bei der Übertragung von Rechten ist bei der Übernahme von *Pflichten* zu unterscheiden. Umfasst also die Unternehmensübernahme auch eine Schuldübernahme, so folgt die kaufvertragliche Verpflichtung des Übernehmers gegenüber dem Altschuldner dem Vertragsstatut des Kaufvertrags nach Art. 27 EGBGB.

## **E. Grenzen der Rechtswahl und Keine Anwendung des Vertragsstatuts**

Grundsätzlich gilt bezüglich der Rechtswahl der Grundsatz der Parteiautonomie. Jedoch sind dieser Grenzen gesetzt, d.h. eine Durchbrechung der Parteiautonomie ist unumgänglich. Zum einen setzen sich bestimmte international zwingende Rechtsvorschriften gegen das Vertragsstatut durch, zum anderen findet die Anwendung der Rechtsvorschriften eines ausländischen Vertragsstatuts ihren Grenze im *ordre public*. Darüber hinaus sind auch Grenzen bezüglich der Rechtswahl gesetzt, wenn ein bestimmtes materielles Recht gewählt wird, dass jedoch nicht auf den Unternehmenskauf anwendbar ist.

### **I. International zwingende Rechtsvorschriften**

Gemäß Art. 34 EGBGB schließt das ausländische Vertragsstatut nicht die Anwendung der Bestimmungen des deutschen Rechts aus, die auch bei ausländischem Vertragsstatut angewendet werden wollen, die also ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut den Sachverhalt international zwingend regeln. Man nennt sie auch als Eingriffsnormen, weil solche Normen mithin in jeden Sachverhalt ungeachtet des Vertragsstatuts „eingreifen“.

Diese zwingenden Rechtsvorschriften finden sich insbesondere in den Ein- und Ausfuhrbestimmungen, Devisenbestimmungen, Wettbewerbsbestimmungen, in den Währungsvorschriften, im Kartellrecht, in den Vorschriften im Kapitalmarktrecht und dem Anlegerschutz, in den Bestimmungen des Boden- und Grundstücksverkehrsrechts, in Vorschriften des Arbeits- und Aufenthaltsrechts. Wann deutsche oder ausländische Vorschriften einen grenzüberschreitenden Unternehmenskauf zwingend regeln, ergibt sich aus dem Zweck der Norm, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Dabei muss ein Anknüpfungspunkt gesucht werden. Im einzelnen wird beispielhaft ausgeführt:

#### **1. Grundstückverkehrsrecht**

Verlangt das fremde Recht für den Erwerb von Grundvermögen durch einen Ausländer eine behördliche Genehmigung und wird diese nicht erteilt, entscheidet deutsches Recht als Vertragsstatut über die Folgen. Dabei ist zu differenzieren zwischen Genehmigungsvorbehalten, die nur das dingliche Rechtsgeschäft erfassen und solchen, die sich auch auf das obligatorische Geschäft erstrek-

ken. In diesem Fall ist der Vertrag bei der behördlichen Genehmigungsversagung endgültig unwirksam<sup>33</sup>.

## **2. Vorschriften über Beruf- und Erwerbstätigkeit**

Will der ausländische Unternehmenserwerber ein in Deutschland belegenes Unternehmen fortführen, sind Vorschriften über die Ausübung einer Erwerbs- oder Berufstätigkeit zu beachten. Daher sind die dies regelnden zwingenden Vorschriften anzuwenden, wenn im Zusammenhang mit einem Unternehmenskaufvertrag eine Erwerbs- oder Berufstätigkeit in Deutschland vorgesehen ist. Haben die Parteien deutsches Recht zum Vertragsstatut gewählt, sind umgekehrt auch die Normen des Staates über die Ausübung eines staatlich geregelten Berufes zu beachten, in dessen Hoheitsgebiet die Berufstätigkeit gerade ausgeübt werden soll. So sehen zum Teil

## **3. Verwaltungsrecht**

Für verwaltungsrechtliche Erfordernisse des Unternehmenserwerbs gilt in aller Regel das Territorialitätsprinzip<sup>34</sup>. Nach dem Territorialitätsgrundsatz gelten außerdem auch ausländerrechtliche Schranken. Da der Kreis der möglichen Regelungen groß ist, eine Umgehung der Vorschriften in allen diesen öffentlich-rechtlichen Bereichen durch Wahl eines anderen Rechts ist nicht möglich.

## **4. Devisenbestimmungen**

Wenn ausländisches Recht Vertragsstatut geworden ist, sind in jedem Fall die deutschen Devisenvorschriften zu beachten. Hierbei sind insbesondere die Bestimmungen des Aussenwirtschaftsgesetzes und der dazu gehörenden Verordnungen zu beachten. (Meldepflicht etc.). Wenn deutsches Recht Vertragsstatut geworden ist, ist ausländisches Devisenrecht nach dem „Abkommen über den internationalen Währungsfonds“ zu beachten. Die Beachtung der Devisenbestimmungen erfolgt unabhängig vom jeweiligen Vertragsstatut.

## **5. Arbeits- und mitbestimmungsrechtliche Fragen**

Bei der Anknüpfung mitbestimmungsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit einem share deal muss differenziert werden. Die unternehmerische Mitbestimmung beurteilt sich nach dem Gesellschaftsstatut, denn sie orientiert sich stark am Gesellschaftsrecht.

---

33 Baisel, Unternehmenskauf, Rz. 290.

34 Näher Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, § 23 I 2

Hingegen unterliegt die betriebliche Mitbestimmung wegen ihres arbeitsrechtlichen Charakters nicht dem Gesellschaftsstatut, sondern grundsätzlich dem Recht am Ort der jeweiligen Betriebsstätte. Besondere mitbestimmungsrechtliche Fragen kann der grenzüberschreitende Unternehmenserwerb allerdings dann aufwerfen, wenn das zu erwerbende Unternehmen in einen internationalen Konzern eingegliedert werden soll<sup>35</sup>. Da beim share deal kein Wechsel des Betriebsinhabers stattfindet, stellt sich ebenso wenig die Frage nach dem maßgeblichen Recht für den Übergang bestehender Arbeitsverhältnisse in deutschem Recht nach § 613 BGB.

Hat beim asset deal die erwerbende Gesellschaft ein anderes Gesellschaftsstatut als die veräußernde Gesellschaft, dann wechselt nach dem soeben dargelegten Grundsatz auch das für die unternehmerische Mitbestimmung maßgebliche Recht. Für die betriebliche Mitbestimmung ergibt sich hingegen wegen der Geltung des Territorialitätsgrundsatzes auch beim asset deal kein Wechsel des maßgeblichen Rechts, sofern die einzelnen Betriebe des Unternehmens nicht in ein anderes Land verlegt werden. Werden sie ins Ausland verlegt, dann gilt das dortige Recht, und zwar ohne Rücksicht auf das Gesellschaftsstatut der Gesellschaft, die das Unternehmen erworben hat, und ebenso ohne Rücksicht auf das Statut der einzelnen Arbeitsverträge.

Ob der mit dem asset deal oftmals verbundene Betriebsinhaberwechsel dazu führt, dass das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Betriebsinhaber fortgesetzt wird, beurteilt die ganz herrschende Auffassung nach dem Recht, dem der jeweilige Arbeitsvertrag unterliegt.

Allerdings ist § 613a BGB als zwingende Bestimmung „rechts-wahlfest“. Indessen zählt § 613a BGB nicht zum Kreis jener Normen, die sich gemäß Art. 34 EGBGB gegen das Vertragsstatut durchsetzen.

## 6. Kartellrecht

Die EG- Fusionskontrollverordnung<sup>36</sup> ist auf den internationalen Unternehmenskauf, und zwar sowohl den share deal als auch asset deal anwendbar, wenn der Unternehmenskauf in den sachlichen Anwendungsbereich fällt. Nach § 35 FKVO findet dann eine Zusammenschlusskontrolle nach den Vorschriften des GWB

---

35 Beispiel: OLG Stuttgart IPRax, 1995, 397

36 Verordnung Nr. 4064/89/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

nicht statt. Liegt ein Zusammenschluss im Sinne der EG Fusionskontrollverordnung vor, dann ist der Unternehmenskauf nach § 4 Abs. 1 FKVO innerhalb einer Woche nach Vertragsschluss, nach Veröffentlichung des Kaufs- oder Tauschangebots oder nach Erwerb einer Kontrollbeteiligung bei der Kommission anzumelden. Alle Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, sind schwebend unwirksam. Maßgeblich für die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung ist mithin nicht das Personal- bzw. Gesellschaftsstatut der Parteien des Unternehmenskaufs, sondern alleine, ob die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Gemeinsamen Markt durchgeführt wird. Fällt der Zusammenschluss hingegen nicht unter die EG-Fusionskontrollverordnung, dann bleibt es bei der nationalen Fusionskontrolle durch die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten.

Im deutschen Recht ergeben sich die maßgeblichen Bestimmungen aus dem GWB. Als Wettbewerbsbeschränkung kommt jeder der materiellrechtlichen Tatbestände des GWB und mithin auch der internationale Zusammenschluss von Unternehmen in Betracht (§ 35 GWB). Unter das GWB kann mithin neben dem internationalen share deal auch der internationale asset deal fallen.

Dabei ist es bei der Beurteilung des Zusammenschlusses ohne Bedeutung, ob er im In- oder Ausland erfolgt oder ob in- oder ausländische Unternehmen daran beteiligt sind. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs und Bundeskartellamts kommt es vielmehr alleine darauf an, ob Inlandswirkungen zu spüren sind. Zu beachten ist, dass § 130 Abs. 2 GWB die zentrale Kollisionsnorm des deutschen Kartellprivatrechts bildet und zwingendes Kollisionsrecht darstellt. Sie verdrängt im Grundsatz die allgemeinen Regeln des deutschen internationalen Vertrags und Deliktsrechts. Abweichend vom allgemeinen Schuldkollisionsrecht gibt es im internationalen Kartellprivatrecht keine Parteiautonomie.

## **II. Ordre Public**

Nach Art. 6 EGBGB ist eine Bestimmung des ausländischen Vertragsstatuts dann nicht anzuwenden, wenn die Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere mit den Grundrechten. Im Gegensatz zu Art. 34 EGBGB, der die Anwendung von Bestimmungen deutschen Rechts ungeachtet des sonst maßgeblichen Rechts zwingend vorschreibt, erfüllt der Ordre-Public-Vorbehalt in Art. 6 EGBGB vor allem eine Abwehrfunktion, in dem er Bestimmungen, die im Ergebnis mit wesentlichen deut-

schen Rechtsgrundsätzen unvereinbar sind, von der Anwendung auf den Unternehmenskauf ausschließt, ohne dass damit für diesen Regelungskomplex zwingend das deutsche Recht Anwendung findet. Deutsches Recht kann hier lediglich als nicht zwingende Ersatzregelung herangezogen werden. Der Verstoß gegen „ordre public“ führt zur Nichtanwendung der fraglichen Bestimmung des fremden Vertragsstatuts, lässt aber im übrigen die Anwendung des Vertragsstatuts unberührt.

### III. UN Kaufrecht

Weiterhin stellt sich die Frage, ob als anwendbares Recht das UN-Kaufrecht in Frage kommt. Nach seinem § 1 Abs.1 hat UN-Kaufrecht (CISG) seinen Anwendungsbereich auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen.

Die Frage ist, ob der internationale Unternehmenskauf dem einheitlichen UN- Kaufrecht unterliegen kann. Umstritten in der Literatur ist die Bedeutung und der Umfang des Begriff „Waren“. Nach der herrschenden Meinung wird der Begriff „Waren“ als bewegliche körperliche Sachen bezeichnet<sup>37</sup>. Bezüglich der Anwendbarkeit des CISG für den Unternehmenskauf muss wiederum eine Differenzierung der einzelnen Arten von Unternehmenskäufen vorgenommen werden:

#### 1. Share Deal

Bei einem Gesellschaftsanteil handelt es sich nicht um eine Sache, sondern um ein Mitgliedschaftsrecht. Der Verkauf von unbeweglichen und nicht körperlichen Sachen ist von der Anwendung des Übereinkommens ausgeschlossen. Der Unternehmenskauf in Form des share deal fällt daher grundsätzlich nicht unter das UN-Kaufrecht<sup>38</sup>.

#### 2. Asset Deal

Sollte der Kauf wie im deutschen materiellen Gewährleistungsrecht als Sachkauf qualifiziert werden, könnte das UN-Kaufrecht Anwendung finden. Aber nach herrschender Meinung in der Lite-

---

37 Caemmerer/Schlechtriem, Peter, Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht, Art.1 Rz. 20-24.

38 Merkt, Internationaler Unternehmenskauf und Einheitskaufrecht, ZvglRWiss 93 (94), S.353, 361

ratur fällt auch der asset deal nicht in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts<sup>39</sup>. Als Argument gegen die Anwendbarkeit des CISG führt die herrschende Literatur an, der Schwerpunkt des Unternehmenskaufs liege in der Regel auf dem Erwerb von nicht zum Anwendungsbereich des CISG gehörenden Werten<sup>40</sup>. Wenn es sich um einen „Gesamtvertrag“ handelt, ist nach der herrschenden Meinung in der Literatur daher im Ergebnis zuzustimmen, wonach auch auf Unternehmenskaufverträge in Form des asset deal das CISG keine Anwendung findet<sup>41</sup>. Anders sieht es aus, wenn der warenkaufrechtliche Teil und der andere Teil (Nichtwaren) in gesonderten Verträgen vereinbart werden, so dass für den warenkaufrechtlichen Teil UN-Kaufrecht vereinbart werden kann.

Die US-amerikanische Praxis vertritt jedoch die Ansicht, dass das UN-Kaufrecht auf den asset deal anwendbar ist mit der Begründung, dass die assets eines Unternehmens nicht in den in Art. 2 CISG aufgeführten Ausschlussgegenständen explizit aufgeführt sind.

Eine andere umstrittene Frage ist, ob die verbrieften Papiere als bewegliche körperliche Sachen bezeichnet werden können und damit unter das UN-Kaufrecht fallen können. Unter dem Begriff Wertpapiere fällt auch der Begriff der Aktie. Nach seinem § 2 d findet UN-Kaufrecht jedoch explizit keine Anwendung auf den Kauf von Wertpapieren<sup>42</sup>.

## F. Würdigung

Meines Erachtens kommt dem Komplex des internationalen Unternehmenskaufes eine weitaus größere Bedeutung zu, als angenommen. Die Bedeutung bezüglich des anwendbaren Rechtes, wie in der Arbeit dargestellt, erschöpft sich nicht mit dem juristischen Aspekt des materiellen Rechts. Vielmehr kommt diesem Themenbereich eine darüber hinaus gehende Bedeutung zu, indem dem Kapitalmarkt des Landes, dessen Recht mehrheitlich auf dem Weltmarkt für den internationalen Unternehmenskauf angewendet wird, eine Stärkung in der diesbezüglichen Weltwirtschaft zukommt.

---

39 Caemmerer/Schlechtriem, Peter, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art.1 Rz. 20-24.

40 Caemmerer/Schlechtriem, Peter, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art.1 Rz. 20-24.

41 Dürig, Markus, Der grenzüberschreitende Unternehmenskauf, S. 37-39

42 Näher Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, S. 233-235

**Literaturverzeichnis**

- Assmann, Heinz Dieter; Großkommentar AktG, 4. Aufl., 1992
- Assmann, Heinz Dieter; Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl., München, 1997.
- Assmann, Heinz Dieter/Schütze, Rolf A. ; Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl., München, 1997
- v. Caemmerer/Schlechtriem, Peter ; Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2.Aufl, München, 1995
- Czerwenka, Beate ; Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, Berlin, 1988
- Czerwenka, Beate; Internationales Kaufrecht, München, 1991
- Dauner-Lieb, Barbara; Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform, ZIP 2002, 108
- Droste, Lovells Boesebeck; Mergers & Acquisitions in Germany, Bicester, 1995.
- Dürig, Markus; Der grenzüberschreitende Unternehmenskauf, 1. Aufl., Baden-Baden, 1998
- Ebenroth, Carlsten Thomas/Erman, Walter; Kommentar zum BGB, 10. Aufl., Köln, 2000
- Fromm-Russenschuck, Viola; Die grenzüberschreitenden Transaktionen, in: Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, München, 2003, S. 227-269.
- Grünewald, Barbara; Europäisierung des Übernahmerechts, in: FS für Markus Lutter, Köln, 2000
- Holzapfel, Hans Joachim; Die Behandlung des share deal, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, München, 2003
- Horn, Norbert; Verträge über internationale Unternehmenszusammenschlüsse, in: FS für Marcus Lutter, Köln, 2000, S. 1113-1131
- Kegel, Gerhard/Schurig Klaus ; Internationales Privatrecht, 8. Aufl., München, 2000
- Klumpp, Hans Hermann ; Der Unternehmenskauf, 4. Aufl. München, 2003.

- Kowalke, Rainer; Die Zulässigkeit von internationalen Gerichtsstands-, Schiedsgerichts- und Rechtswahlklauseln bei Börsentermingeschäften, Bayreuth, 2002
- Kropholler, Jan; Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Tübingen, 2001
- Liakopoulos, Thanassis; Schranken Verträglicher Wettbewerbsverbote, in: FS für Hilmar Fenge, Hamburg, 1996, S. 279-288.
- Lutter, Marcus; Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl, Köln, 1988
- Martiny, Dieter; Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Band 10, München, 1998
- Merkt Hanno; Internationaler Unternehmenskauf durch Beteiligungserwerb, in: FG für Otto Sandrock, Heidelberg, 1995
- Merkt, Hanno; Internationaler Unternehmenskauf durch Erwerb der Wirtschaftsgüter, RIW, 1995, 533
- Merkt, Hanno; Internationaler Unternehmenskauf, 2. Aufl., Köln, 2003
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang; Internationalprivatrechtliche Probleme bei Unternehmenskäufen, WiB 195, 849
- Niewiarra, Manfred; Unternehmenskauf, 1. Aufl., Baden-Baden, 2000
- Palandt, Otto; Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., München, 2002
- Pöllath, Reinhard; Recht und Praxis des Unternehmenskaufs, 11. Aufl., 2002
- Sandrock, Otto; Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, Band 1, Heidelberg , 1980
- Schröder, Jochen; Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Köln, 1998.
- Sonnenberger, Hans Jürgen; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Band 3, München 1999
- Tschäni, Rudolf; Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, Frankfurt am M., 1989

- Westermann, Harm Peter; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl., Band 3, München, 1999
- Wilken, Oliver; Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht, JZ 1991 S. 1014, 1061.
- Wilken, Oliver; Kollisionsrechtliche Einordnung transnationaler Unternehmensübernahmen, ZvglRWiss 90, 1991, S. 235.
- Windmüller, Martin; Die Vertragsspaltung im internationalen Privatrecht des EGBGB und des EGVVG, 1.Aufl, Baden-Baden, 2000